24

493

ADICION A LA INFORMACION DADA.

POR

DOÑA MARIA DE SANDE y Messa.

CON

Don Francisco de Eguiluz Herencia, Cauallero de la Orden de Sãtiago, marido de doña Mariana de Messa, y demas Consortes.

SOBRE

La suplicació interpuesta por doña Maria Sande, de la sentencia del Consejo de 16. del mes de Febrero del año de 1647. que fue de reuista (en quãto à confirmar, y declarar por de vinculo, y mayorazgo perpetuo, è irreuocable todos los bienes, de que dispusieron el Doctor don Francisco Sande, y doña Ana de Messa su muger, padres de la dicha doña Maria) y de vista (en quanto a las pretensiones, que nueuamente se determinaron en fauor de la dicha doña Maria Sande, y otras que dexaron de determinar, ò de que absoluieron al Mayorazgo introducida por la dicha doña Maria.)



DOS Articulos reduze don Francisco de Eguiluz su informacion.

El vno, a la cosa juzgada, que dize obsta a doña Maria Sande, sobre las pretensiones, que de nueuo ha deducido.

El otro, sobre la justificacion, ò poco derecho de las nueuas pretensiones, en caso que sobre ellas pueda auer conocimiento.

Y este mismo orden ha de seguir este breue discurso, siruiendo solo de mas apoyo de lo que està fundado en la primera informacion.

Articulo primero.

1 No ay que dudar, en quanto a la admision de la suplicacion interpuesta por doña Maria Sande, porque auiendose contradicho por don Francisco, y pretendido, que se auia de repeler, por ser de auto de reuista, està declarado por autos de vista, y reuista del Consejo, que la parte de don Francisco respondiesse derechamẽte, como parece del memorial, num. 150. y 151.

2 Y aunque se aya vencido por los dichos autos, insta todavia don Francisco, en que la excepcion de cosa juzgada, en que se funda, no està vencida mas que por dilatoria, y que como peremptoria, la puede boluer à oponer para los meritos de la justicia principal.

3 Y sobre este supuesto entra fundando don Francisco, que de quantas pretensiones tenia doña Maria Sande contra los bienes del dicho mayorazgo, fue absuelto, y solo condenado en las dos pretensiones de los 8U. ducados, y de 150U. marauedis de renta, que a titulo de legitima se dexaron por los Fundadores à la dicha doña Maria, y dize: que auiendo absolucion absoluta de todas las dichas pretensiones (y en esta parte confirma

do-

dose la sentencia del señor don Gregorio Lopez de Mẽdizaual, siendo Alcalde) no ay camino alguno de poder auer lugar la dicha suplicacion.

4 Y si bien con lo que està escrito en la primer informacion, se pudiera escusar el hazer esta, ha parecido añadir algunas particularidades, para mayor euidencia de la suplicacion.

5 Que todas estas pretensiones comprehendidas en la sentencia de reuista, ò omitidas en ella, no se comprehendiessen en la sentencia de vista del señor Don Gregorio Lopez de Mendizaual, siendo Alcalde, no es cosa que puede recibir duda: porque despues de auerla pronunciado, se presentò luego vna peticion por doña Maria Sande, ante èl, en que dixo, que respecto de que en la dicha sentencia auia hecho reserua à la dicha doña Maria de su derecho, y en ella estauan inclusos los de su legitima Paterna, y el de la donacion de 24U. pesos, y lo que se auia crecido a ellos. Y el de 4U. ducados que pagò de la cõposicion que se hizo con su Magestad de la Visita que se auia hecho à su Padre, pidiò que para que no huuiesse duda en la inteligencia de la dicha sentencia, ni con las palabras vltimas, en que se dezia en ella, se absoluia à las partes de lo demas pedido por la dicha Doña Maria. Se declarasse estar en la dicha reserua inclusos los dichos derechos, y en la dicha absolucion, solo el no declarar absolutamente por bienes libres los del dicho Doctor Don Francisco Sande su padre, como parece del memorial, num. 135. De que se diò traslado à Don Francisco, y respondiò: Que èl tenia apelado para el Consejo de la dicha sentẽcia, y que no tenia estado para poder hazer declaracion alguna; y caso que le tuuiesse, no podia auer lugar, por ser como era la dicha sentencia tan clara, y comprehensiua de todas las pretensiones de las partes. Y visto el dicho Articulo por el dicho señor don Gregorio Lopez de

Men-

Mendizaual pronunciò vn auto, declarando ſu ſentencia, en que declarò, que en la reſerua, que hizo en la dicha ſentencia a la dicha doña Maria Sande, quedaron reſeruadas todas las pretẽſiones, que la dicha doña Maria tenia deducidas en eſte pleito contra los bienes del dicho Doctor Sande ſu padre, para la particion, y diuiſſion, que ſe auia de hazer con el ſuceſſor, que lo fueſſe de los bienes de ſu padre: por quanto declaraua por libres los de la dicha doña Ana de Meſſa ſu madre, con cuyos ſolos parientes ſe auia litigado el dicho pleito; y que el abſoluer à ellos de todo lo pedido, y deducido por la dicha doña Maria, no pudo cõprehender lo que expreſſamente, y en determinacion eſpecial quedaua reſeruado, ſegun parece del memorial num. 138.

Algunas palabras de lo que con presede borrado en esta plana faltan en la primera y reforma por yerro de la emprenta

6 Y deſte Auto de Declaracion, aunque quando ſe notificò à Don Franciſco reſpondiò, que apelaua, no parece que expreſſaſſe agrauios en el Conſejo, ni que en toda la inſtancia de reuiſta ſe alegaſſe jamas por ſu parte, que eſtas pretenſiones eſtauan deducidas en la ſentencia del Alcalde, ni jamas por ſu parte ſe ha pedido, que ſe reuoque el dicho auto, como contrario a la primera ſentencia, antes ſiempre ſe continuò la inſtancia de reuiſta, con preſupueſto de no eſtàr comprehendido en la primera ſentencia mas que el punto, de ſi los bienes eran libres, ò de mayorazgo.

7 Vndè, ſiendo la ſentencia (a que don Franciſco dà nombre de reuiſta) ſolo de viſta, por ningun modo ſe puede negar la ſuplicacion, porque la ley del Reyno, q̃ la niega a la ſentencia del Conſejo, que confirmare, ò reuocare otra de Alcalde de Corte, ſe ha de entender quando ambas ſe pronunciaron ſobre coſas deducidas en ambas inſtancias, y comprehendidas en las dos ſentencias.

8 Pero quando la ſentencia de reuiſta del Conſejo, no tiene otra delante de ſi (porque la que huuo del Al-

cal-

calde fue ſobre coſa diuerſa)como aqui lo fue (reſpeto de que no ſe ventilò, ni decidiò mas,de ſi los bienes del Doctor don Franciſco Sande, y doña Ana de Meſa, ſu muger auian de ſer declarados por libres,ò por de mayorazgo perpetuo) juſtamente ſe puede dezir, que fue primera ſentencia,y no ſegunda la del Conſejo, en que ſe expreſſaron algunas pretenſiones,y ſe abſoluiò de otras.

9 Porque el ſer ſegunda, ò primera ſe origina del pedimiento,y determinacion de la primera ſentencia,y dõde no le huuo, ni deciſion ſobre èl, no puede auer conformidad de ſentencias, vt tradunt Socin.Iun.conſ.64. lib.2.Ruino conſ. 114.lib. 1.Decius conſ.385. Ant.Gabr.commun.concluſ.tit.de re iudicata, cõcluſ. 1. num. 33.& poſt eos D.D.Ioan.Baptiſta de la Rea deciſ.77.numer.6.ad fin.2.part.como en propios terminos lo decidio la Rota Romana deciſ.863.p.3.diuerſ.donde huuo el miſmo dubio que aqui,ſcilicet: *Si ſententia erat tertia,aut prima,& fuit concluſum,quod fuit prima*, porque la tercera ſe tuuo por primera, por auerſe canonizado en ella el titulo que en las otras inſtancias no ſe auia deduzido.

10 Y litigandoſe oy las pretenſiones que no ſe pudieron litigar en la primera inſtancia,por auerſe tratado entõces,como eſtà dicho,ſolo,ſi los bienes eran libres, ò de mayorazgo,no puede lo determinado ſobre eſte punto obrar coſa juzgada para lo que ſe ventila oy ſobre punto diuerſo,ex textu expreſſo in l. filius qui patri 42. §.Paulus,ff.de bonis liberto.ibi: *Paulus notat,ei qui alio iure venit quam eo, quod amiſsit non nocet id quod perdidit,ſed prodeſt,id quod habet*, l. habebat,ff. de inſtitoria actione,ex qua deducitur: *Quod ſi ex vna cauſa ius proponens ei ſuccumbat, poterit ex cauſa non deducta,iterum agere*, ita tradunt Abbas in cap. examinata de iudicijs, Pinel.in l.2.p.3.cap.3.n.28.& 31.C.de reſcindend.vẽ-

dit.

dit. Intrigliol. decis. 3. num. 162. Y es mejor que todos el texto en la l. si mater, §. denique, vers. *Si quis autem*, ff. de exceptione rei iudicatæ, ibi: *Si quis autem petat fundum, eò quod Titius sibi tradiderit. Si postea alia ex causa petat, causa adiecta, non debet summoueri exceptione*, l. 25. tit. 2. p. 3. vers. *La segunda*, ibi: *La segunda, porque si acaeciesse, que el Demandador no pruebe aquella razon que puso en la Demanda, porque dezia que era suya, que la puede despues demandar por otra razon, si la ouiere, è non le embargaria el primer juyzio, que fue dado contra èl sobre aquella cosa misma, pues que por otra razon la demanda, q̃ non ha que ver con la primera*. Y supuesto que fue diuerso, y que sobre èl no ay mas que esta sentencia, no puede negarse en ella la suplicacion.

11 Y tambien es muy a proposito la decis. 20. de Giurba en el nu. 5. donde puso vna regla inconcusa, en materia de cosas juzgadas, *vt totum à causa, idest, ab origine petitionis pendeat, vsque adeò, vt si eadem res ex alia causa petatur, quam ex illa, ex qua primo petita erat, idest, si alia est origo petitionis, rei iudicatæ, non obstat exceptio*.

12 Ac proindè, auiendose pedido en la primera, y segunda instancia por doña Maria Sande los bienes deste mayorazgo por libres, y no instado, en que en caso, que se declarassen por de mayorazgo perpetuo, se auian de deduzir dèl las pretensiones, que aora se han deduzido, no auiendose ventilado en la primera, ni en la segunda instancia, ni llegado a conocer dellas el Alcalde, no puede auer cosa juzgada sobre lo que no llegò a caber en el discurso del juez, ex textu in l. si ex testamento, ff. de exceptione rei iudicatæ, ibi: *Nec obstaturam exceptionom, quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset, nec iudex in iudicio sensisset*, y assi la sentencia del señor don Gregorio Lopez de Mendizaual, siendo Alcalde, no pudo obrar mas efecto, que sobre lo decidido en ella, que fue declarar por entonces por de mayorazgo

los

los bienes del Doctor don Francisco Sande, y por libres los de doña Ana de Messa su muger, y no si siendo de mayorazgo, se auian de sacar dèl las dichas partidas: porque esto, ni se llegò a pedir, ni a deduzir hasta despues de la sentencia de reuista del Consejo, en que se declararon por de mayorazgo, assi los bienes de doña Maria de Messa, como los del Doctor don Francisco Sande, & in hoc conducit, l. si cum argentum, ff. de exceptione rei iudicatæ, ibi: *Si cum argentum mihi testamento legatum esset, egerim cum hærede, & postea codicillis prolatis, vestem quoque mihi legatam esse appareat, non est deducta in superius iudicium vestis causa, quia neque litigatores, nec iudex de alio, quam de argento actum intelligant,* que es muy aplicable para este caso, en el qual quiere Don Francisco, se comprehenda en la sentencia del señor Don Gregorio Lopez de Mendizaual, lo que èl por su auto de Declaracion declarò no auerse comprehendido en ella.

13 Y no es menos aplicable la doctrina de Angel. in l. vnica, num. 1. C. ne liceat tertio prouocare, donde auiẽdo puesto por regla, la que la misma rubrica està insinuando, puso por limitacion, que si por la tercera sentẽcia se causa nueuo grauamen, se puede apelar, ò suplicar della, dando por razon: *Quod tunc ab illo grauamine numquam extitit appellatum.* Y saca por consequencia, *ergo est opus appellatione*, y pone el exemplo en la tercera sentencia que condenò en las costas, de que no auia auido determinacion en las dos primeras sentencias, y resuelue: *Quod poterit, etiam appellari ab ista tertia sententia pro expensis factis in dicta tertia lite, quia de illis non est iudicatum, nec primo, nec secundo, & ideò potest appellari, quia semper est prima.* A quien refiere, y sigue el señor Presidente Couar. pract. c. 25. num. 6. & post plurimos Antonino de Amatis, 1. par. resol. 6. num. 11.

14 Vltra, que como queda dicho, tiene doña Maria San

de

de executoria en su fauor, y calificado su derecho, en quanto à que sobre estas partidas no ay sentencia de reuista, pues auiendose interpuesto por su parte suplicacion en quanto à las nueuas pretensiones, y alegadose por Don Francisco de Eguiluz, se auia de repeler, y opuestose por su parte las mismas razones que oy se oponen para dezir, que huuo cosa juzgada contra doña Maria Sande, y que no era suplicable la sentencia de reuista, y pretendido D. Maria Sande, q̃ sin embargo se auia de mandar, q̃ respondiesse derechamente. Salieron autos de vista, y reuista, en que se declarò, no auer lugar repeler la suplicacion, y se mandò, que don Frãcisco de Eguiluz respondiesse derechamente. Con que quedò vẽcida, y reprobada la excepcion de cosa juzgada, ex textu in l. 1. in princ. ff. quæ sententiæ sine appellatione rescindantur, donde dixo el Consulto, que si se ventila vna question sobre, *si iudicatum sit, nec ne, & huius quæstionis iudex non esse iudicatum pronunciauerit, licet fuerit iudicatum, rescinditur*, que es limitacion indiuidual de la ley 13. tit. 22. par. 3. vt patet, ibi: *Pero si fuere contienda sobre el primero juizio, diziendo alguna de las partes, que non deue el juzgador juzgar este pleito, porque fue ya juzgado vna vez, si la otra parte lo negasse, è aquel ante quiẽ acaesciesse esta contienda dixesse juzgando, q̃ non fue dado juizio sobre aquella cosa, vale el segundo juyzio que fuere despues dado contra el primero, maguer que ninguna de las partes non se ouiesse alçado del primero*, & expresè agnoscit, D. D. Ioan. Baptista de Larrea d. decis. Granatensi 39. numer. 37. tom. 1.

15 Ac proindè, no puede oy valerse don Francisco de la dicha cosa juzgada, porque vendria a ser refricacion de lo mismo que està vencido, y executoriado, y se puede dezir, lo que dixo el texto en la ley Duobus 19. ff. de excep. rei iudicat. ibi: *Eandem enim quæstionem reuocat in iudicium.*

Nec

16 Nec dicatur, que por los dichos autos de vista, y reuista solo quedò vencida la excepcion de cosa juzgada, en fuerça de Dilatoria, y no de peremptoria, antes como tal puede ser buelta à oponer para los meritos de la justicia principal, y que assi sin embargo de los Autos de vista, y reuista, en que se mandò à Don Francisco res pondiesse derechamēte, puede oy conocerse de la fuerça de la cosa juzgada que assiste à don Francisco, ex traditis à D.D. Ioan. Baptista de Larrea decis. Gran. 40. numer. 16. Porque se responde.

17 Con lo que el mismo señor don Iuan Baptista de Larrea satisfaze esta oposicion dicta decis. 40. num. 81. distinguiendo entre la excepcion de cosa juzgada, que se opone para impedir el ingresso del pleito, en que por auer alguna duda, y requerir mas pleno conocimiento de causa, se reserua para difinitiua, y la que se opone quando se trata de suplicar de algun auto de reuista à titulo de que en èl se puso algun nueuo aditamento,, ò se decidio alguna cosa no comprehendida en la primera sentencia, ni en el pedimiento, y sin embargo de la oposicion de la cosa juzgada se manda responder derechamente. Y en el primer caso resuelue, que aunque se mande responder, y quede la excepcion vencida, como dilatoria, se puede boluer à oponer como peremptoria, secus en el segundo, quando se manda responder à la suplicacion, y se conoce si el aditamento, ò pretensiō añadida es nueua, ò deducida en la primera instancia, el dia que se admite la suplicacion, virtualmente queda calificado, ser capaz de suplicacion el auto de reuista, y no dexa otra inspeccion para despues, mas que solo la calificacion de la justicia del aditamento, ò nueua partida, vt videre est dicto num. 81. ibi: *Cum verò in alio casu in eodem iudicio à secunda sententia, quam alter ex litigatoribus reuisionis posset producere, rem iudicatam intenderit, alter vero negauerit, ex nouaque adiectione sup-*

plicationem interponit, & cum discuteretur, an supplicationi deferendum, & decisum supplicationi locum esse, vt in nostro casu, tunc. Vltra quam nihil ad merita causæ remisum fuit, sed absolutè supplicationem locum habere declaratum, non potuit aliter decerni prædictum, nisi in totum absumeretur ius exceptionis, tàm dilatorium, quam peremptoriũ, quia qui intendit non teneri respondere supplicationi, id petit, iudicium finitum, & sibi peremptoriè competere exceptionem rei iudicatæ, & plenissimè tunc discuti oportet, an res iudicata fuerit, vel nouum grauamen adiectum, quod supplicationi viam aperiat, cum enim supplicatio admittitur, necessario denotari videtur esse nouum grauamen, nec quoad illud rem fuisse iudicatam: Vndè nihil remansit non discusum, nec indecisum, quod in difinitiuam sententiã reijci posset, cum absurdum esset, & perplexum, decerni supplicationi locum esse, & postea adhuc discuti, an obstet exceptio rei iudicatæ.

18 Y para la decision deste punto, no ay mas que poder alegar, que las dos decisiones 39. y 40. del señor D. Iuan Baptista de Larrea, porque en ellas se venciò peremptoriamente la excepcion de cosa juzgada, con los autos de mandar responder derechamente, y fue, porque lo que en la sentencia de reuista se llegò a expressar, y comprehender, no se auia expressado en la de vista, ni comprehendido en el pedimiento de la demanda, y no se tratava con la suplicacion de dàr tercera instancia al pleito, ni de dilatarle, sino de que en otra se reuocasse, ò modificasse lo que en la segunda nueuamente se auia deducido, y no se auia expressado en la primera instancia, y con mandar responder a la suplicacion del nueuo, conque ò aditamento se conociò, que lo deducido en la sentencia segunda, no se auia comprehendido en la primera, y que la segunda sentencia (que el que la tenia en su fauor) pretendia era de reuista, no auia sido segunda, sino primera sobre el nueuo aditamento, & per conse-

sequens capaz de suplicacion, vt considerauit, idem D. Ioan. Baptista de Larrea d. decis. 39. num. 37. ad finem, ibi: *Multo enim fortius in hac specie, vbi in prima sententia, nihil de donatione pronuntiatum fuit, si nominatim de ea postea pronuntiaretur, iudicium substinebitur, neque id enim litem protrahi, nec in immensum dilabi dicendum est, sed in ea discuti, vt pronuntietur, quod ante à circa donationem comprehensum non erat, nec pronuntiatum.*

19 Ac per consequens, auiendose vencido, *quod non erat res iudicata, sed nouum grauamen adiectum*: no pudo quedar nueuo conocimiento, sobre si obstaua, ò no la cosa juzgada, porque con mandar responder, y admitir la suplicacion, fue visto denotar ser nueuo grauamẽ, y en quanto a èl no auer auido cosa juzgada.

20 Y asi por todos caminos queda comprobado, que en la sentencia, que llaman de reuista del Consejo, no se causò cosa juzgada sobre estas pretensiones, y por el consiguiente, que debe el Consejo, ò tratar dellas, supliendo la de los 8ʉ. ducados, a que los restituya el dicho don Francisco, con mas sus reditos, determinando las demas que quedaron omitidas, o reuocandolas, en caso, que estèn comprehendidas en la absolucion, que se haze dellas al dicho mayorazgo.

Articulo segundo.

21 En este se comprehenden todas las partidas, que estàn expressadas en la informacion de doña Maria Sande, y con auerla visto don Francisco de Eguiluz, no insiste en la suya mas, que en la de los 8ʉ. ducados, y dexa de responder a todas las demas, que tan latamente estã fundadas. Demonstracion euidente, de que ha reconocido su justificacion, y que no ha tenido fundamento alguno con que desuanecerlas, y asi no se tratara aora mas que solo de la partida de los 8ʉ. ducados, dexando las demas a lo dicho en el primer papel.

En

22 En esta sentencia de reuista del Consejo, despues de auer declarado por de mayorazgo perpetuo, è irreuocable todos los bienes del Doctor don Francisco Sande, y doña Ana de Messa, se añidieron estas palabras: *Y en quanto à las demas pretensiones de ambas partes, confirmaron la dicha sentencia, en que les absuelue dellas, y dieron por libre al dicho mayorazgo, y al dicho don Francisco de Eguiluz, y sus Consortes de todas las pretensiones deducidas por la dicha doña Maria Sande, excepto en quāto a los 8U. ducados, de que paga reditos, por la obligacion, y fiança la dicha doña Ana de Messa, su madre, de quien fue heredera, porque de la dicha cantidad absoluierō a la dicha doña Maria, para que en ningun tiempo tenga obligacion à pagar principal, ni reditos, ni el dicho mayorazgo.*

23 Sobre lo expressado en esta partida, y omitido, ò determinado sobre las demas, cayò la suplicacion de doña Maria, y en esta de los 8U. ducados la han interpuesto reciprocamente ambas partes.

24 Porque doña Maria tiene suplicado, de que auiendo la dado por libre, y al mayorazgo, de la obligacion del principal, y reditos destos 8U. ducados, no se aya condenado a don Francisco, en restitucion de su principal, y reditos, y pide confirmacion desta partida, y que se supla en la sentencia la restitucion del principal, y reditos pues por la naturaleza de la misma sentencia viene esta condenacion, el dia que se dà por ninguna la obligacion del dicho principal.

25 Y don Francisco de Eguiluz suplica, de que se aya dado por libre al mayorazgo, y a doña Maria desta obligacion, y pretende, no se le condene en la restituciō del principal; porque la sentencia solo dà por ninguna la obligacion del principal de los 8U. ducados, presuponiendo que se deuen, y que se pagan reditos della, siendo asi, que estando pagados, no se puede estender, à que buelua el principal, que està pagado, y fuè debido legitimamente. Para

26 Para doña Maria no ay cosa juzgada en esta pretension, porque solo está comprehendida en esta sentēcia, y assi justamente puede suplicar della, y pedir lo que ha pedido, de que se supla en ella la restitucion del principal, que quedò omitida en la condenacion de la rescision de la obligacion.

27 No se puede negar, que la causa porque se dio por ninguna la obligacion de la promessa del principal destos ocho mil ducados, fue, porque declarandose por las dichas sentencias de vista, y reuista, por de mayorazgo irreuocable todos los bienes, que quedaron por fin, y muerte del Doctor don Francisco Sande, y doña Ana de Mesa, era fuerça que se diesse por ninguna la obligacion de la promessa de los ocho mil ducados de doña Ana de Mesa, por no auerla podido hazer en perjuizio del dicho mayorazgo, respeto de que los fundadores despues de fundado irreuocablemente, no pueden contraer deudas algunas en perjuizio de los sucessores, vt expressè agnoscit, D. Molina lib. 1. cap. 10. num. 11. D. Ioan. del Castillo lib. 5. controuers. cap. 161. ex numer. 22. Molina el Theologo de justicia, & iure 3. tom. quæstion. 640. num. 5. Matienç. in l. 6. tit. 7. Glos. 3. nu. 21. lib. 5. Recop.

28 Y eoipso, que se dio por ninguna, quedò reconocido, no auer sido deudores, ni el dicho mayorazgo, ni doña Ana de Mesa, ni doña Maria su hija, y por el consiguiente, auiendo pagado el principal, creyendo, que le deuia, es fuerça, que como indeuido, se mande restituir, y boluer, vt expressè agnoscit, Glossa, verbo, *Absolutus*, in l. Iulianus, verum debitorem 60. ff. de condictione indebiti, ibi: *Si autem dixerit pronuntio te non debere, vel non debuisse, vel non esse debitorem, tunc benè repeteret, quia proposita à debitore condictione indebiti, per sententiam probabit debitor, quod non esset debitor, & creditor, si vellet probare contra, non admitteretur.* Y el ca-

 so

so del texto, sobre que discurre la glossa, es muy ajustado al nuestro, porque alli, pendiente el juizio, sobre, si era, ò no deudor, se hizo la paga; y despues se declarò por la sentencia, no serlo, como aqui: y assi justamente reconociò la Glossa, que competia la repeticion de lo pagado, aunque no estaua comprehendido en la misma sentencia.

29 Vndè, supuesto, que para auer cobrado don Francisco los dichos ocho mil ducados, no tuuo mas derecho, y accion, q̄ el que le resultò de la obligaciõ q̄ hizieron doña Ana de Mesa, y D. Maria su hija el dia q̄ esta se rescindiò; y se diò por ninguna, por la sentencia del Consejo, se reduxo el titulo, a no titulo, y la causa, a no causa, y assi se puede en virtud de la misma sentencia, repetir el principal pagado indeuidamẽte, ita agnoscit, Argelo de legitimo contradict. q. 2. n. 86. 87. & 88. vbi dicit: *Quod vbi causa reducitur ad non causam omnia restituuntur ad pristinum statutum*, Glossa in l. fideiussor, §. in omnibus, ff. mandati, vbi: *Solutum vigore sententiæ retractatæ, repetitur condictione sine causa*, Cin. in l. fin. C. de condict. indebiti, Angelo in l. qui Romæ, §. duo fratres, vbi etiam Alexander, ff. de verb. obligat. Ruino consil. 89. num. 15. vol. 1. faciunt, tradita à Glossa in l. Iulianus de condictione indebiti, vbi, *Statuit, quod quando, quis fuit condemnatus ad soluendum; quod antea soluerat repetit, primo loco solutum, quia causa solutionis redacta est ad non causam*, Donde cita muchos lugares, y en particular a Marco Antonio Nata cons. 535. num. 12. & 16. vbi, inquit, *Quod si per sententiam, titulus reducatur ad non titulum, tunc res restituitur cum fructibus.* Y en cõprobaciõ desta doctrina, es muy cabal la decision de la ley filio, §. contra tabulas, ff. de inofficioso testamento, y todo lo que sobre ella discurre Mario Giurba, decision. 89. numer. 2.

30 Y aun quando en esta parte no fuera suplicable lo

de-

determinado en esta partida, y fuera sentencia de reuista, la decision, que en ella se hizo, de dar por nulla la obligacion, y reditos de los dichos ocho mil ducados, se pudiera executar en virtud della, por el principal pagado, y no deuido, porque aunque la sentencia sea de estrecha naturaleza, y no se pueda inferir della mas de lo que suenan sus palabras, adhuc tamen, no solo se deue tener por juzgado, *Quod expressè in sententia legitur, verumetiam, quod ex iuris dispositione, ex præsumptione necessariò iudicatum intelligitur, cum paria sint, quid esse expressum in sententia, vel necessariò præsuponi, vel sub intelligi*, vt expressè agnoscit Geronimo Magonio decis. 3. Florentina, num. 19. el qual deste principio, saca diferentes ilaciones.

31 Vna in dicto num. 19. *Quod condemnatus ad reddendam rationem, dicitur etiam condemnatus virtualiter ad soluendum reliqua, sine quorum restitutione, ratio reddita dici non possit.*

32 Secunda in num. 20. *Quod si instrumentum habet executionem paratam, ita exequetur in tacitis comprehensis in eo ex præsumptione iuris, quemadmodum in expressis.*

33 Tertia num. 21. *Quod si iudex declarat aliquem prodigum, censetur ei interdicere suorum bonorum administrationem.*

34 Quarta, en el num. 22. *Quod si iudex condemnet quempiam, ad mihi restituendum, rem in iudicio rei vindicationis in necessarium antecedens, declarat me Dominum.*

35 Quinta, en el num. 23. *Quod iudex declarans aliquẽ debitorem alicuius videtur condemnare eum ad soluendum.*

36 Don Francisco Salgado de Regia protectione, 2. tom. part. 4. c. 9. ex n. 93. disputa vna question: *Vtrum exequutor datus ad rei restitutionem, vigore executorialiũ, excedere dicatur, fructus etiam rei parti victrici soluere compellens, cum in sententia eorum expressa mentio non fiat.*

Y po-

Y pone los fundamentos que ay por la afirmatiua del excesso, & tandèm, en el num. 102. funda, *quod non excedit*, y responde a todos los fundamentos de la opinion contraria; y desde el numer. 133. saca diferentes ilaciones.

37 Y en particular en el num. 134. pone vna, *Quod in sententia declarante bona esse hipotecata actori hipotecariã intentãti, quia licèt aliter non exprimatur in ea, censetur cõdemnari reum ad illam relaxandam.*

38 Y en el num. 135. pone otra (que es la quinta de las que puso Magonio) *Quod siquis declaratur debitor, alicuius ex causa mutui, virtualiter censetur condemnatus ad restituendam quantitatem debitam.*

39 Y en el num. 136. *Quod sententia, quæ declarat in aliquem translatam esse possessionem ex tali tempore, ab illo videtur per necessariam consequentiam ad fructus condemnare, etiam si de illis mentio non fiat.*

40 Y en el num. 137. *Quod sententia per quam declaratur, aliquid deberi simpliciter; licèt non contineat expressam condemnationem, tacite tamen intelligitur.*

41 Y no es menos ajustada la decision 157. de Mateo de Afflictis, donde en el Senado de Napoles, se diò vna sentencia en la Curia del Consulado de los Catalanes, contra Bernardo de Paula, condenandole a dar vna quenta, la qual passò en cosa juzgada; y tratandola de executar, en virtud de lo que resultò deudor de la dicha quenta, y se defendia el reo, con dezir, que en ella no fue condenado a pagar, ni restituir, y que assi no se auia de extender, se decidiò en el Senado, que en fuerça de la dicha sentencia, virtualmente fue visto quedar condenado a la paga de la deuda.

42 Ni menos a proposito la controuersia 35. de Fabio Capicio Galeota lib. 2. vbi ex num. 2. resoluit, *Quod licèt verba sententiæ stricte sint intelligenda, ita vt nihil vltra includant, quam ex eis de necessitate inferatur; ex Bart.*

in

in l. Iulianus, num. 5. ff. de cōdictione indebiti, nihilominus, non excluditur in sententijs, & laudis, argumentum à contrario sensu, nec prohibetur extensio ad id, quod ex subiecta materia, & circunstantijs necessariò infertur. En el num. 5. añade, *Quod in sententia censetur iudicatum, ne dū, quod expressè in sententia legitur, verum, quod ex iuris dispositione, & præsumptione necessariò iudicatum intelligitur, & referenda est vis sententiæ ad casum, qui sumitur ex actis.*

43 Y de todas estas ilaciones se colige, que mediante la dicha sentencia, se puede executar por el principal pagado, como si literalmente estuuiera expressado en ella.

44 Igitur, si se puede executar por el principal? (aun como oy està la sentencia) ergo, no pide mucho doña Maria, en que se supla en ella la restitucion del principal, y reditos indeuidamente cobrados, pues de la naturaleza de auersele pagado indeuidamente resulta, la obligacion, de boluerlo, por la disposicion de la ley si pœnæ, §. quamuis debitum, ff. de condict. indebiti, donde el que hizo la paga, presumiendo erroneamente, era heredero del deudor, pagò al acreedor hereditario lo q̃ se le deuia; y con todo esso resoluiò el Iurisconsulto Pomponio, *Quod is, quod dedit, repetere poterit, quamuis enim debitum sibi quis recipiat, tamen si is quidat, non debitum dat, repetitio cessat:* y por la de la ley *si à patre, Cod. de condictione indebiti*, donde se tuuo por derecho claro la repeticion de lo indeuidamente pagado por el heredero putatiuo.

45 Cuya decision procede en caso mucho mas apretado que el nuestro, porque en ellas, lo que se pagò por el heredero putatiuo al acreedor, era deuido, y solo estuuo el defecto, en que quien hizo la paga, no tenia titulo para hazerla, respecto de que no era heredero ver-

dadero del difunto, y parecio serlo otro, a quien auia de tocar la obligacion de hazer la paga, & nihilominus, se diò la repeticion al heredero putatiuo, contra el acreedor, que cobrò lo que realmente se le deuia.

46 Y en el nuestro, el acreedor no lo era (como se calificò por la sentencia del Consejo) ni doña Maria, que lo pagò, lo pudo pagar por heredera de su madre (que no lo deuia, ni por su persona, no siendo heredera de bienes libres (por auerse declarado todos por de mayorazgo) y assi como alli se diò la repeticion, deue en este caso concedersela a doña Maria.

47 Y no puede obstar a este fundamento la decision de la ley de hæreditate, C. de petitione hæreditatis, donde no se concedio al heredero putatiuo mas derecho, que el de descontar, ò retener de la misma herencia (que restituya al heredero verdadero) lo pagado al acreedor legitimo, y no la accion de repetirlo del acreedor que cobrò, con quien concuerda la ley 36. tit. 14. Pieç. 5. Porque se responde.

48 Primò, que la distincion que se haze en la ley de la Partida, conciliando la contradicion de las dos leyes, si pœnæ, §. quamuis, ff. de condict. indebiti, con la ley de hæreditate, C. eodem, entre la paga que se haze en nombre del difunto, ò en èl propio, dando en el vn caso derecho, de desquento; ò retencion, para con el heredero verdadero; y en el otro de repeticion contra el acreedor, sacada de la misma que hizo la Glossa, verbo, *Repetere poterit* in d. l. si pœnæ, §. quamuis (que es comunmente recebida, vt testatur Pedro Barbosa in l. diuortio, §. fin. 2. part. num. 4. vers. *Reeepta enim est resolutio*, ff. soluto matrimonio) no se aplica; porque los dos requisitos que alli interuinieron, videlicet, auer sido acreedor verdadero el que cobrò, y deudor el difunto, en cuyo nombre se hizo la paga por el heredero putatiuo, faltaron

ron aqui: porque ni don Francisco de Eguiluz era acreedor, ni doña Maria Sande deudora, y assi la paga que hizo en su nombre, ò de la herencia de su madre, nunca fue deuida, y de qualquiera manera que se considere, no puede dexar don Francisco de boluer lo cobrado, como indeuido, ex ipsa concordia tarum legum facta per Barbosam, vbi supra numer. 5. versicul. *Et ex his colligitur.*

49 Secundò, que la pretension que tiene don Francisco, de que doña Maria Sande desquēte del mayorazgo esta partida, y no la cobre dèl, que la recibiò, como indeuida, no puede auer lugar en este caso, porque no siẽdo deudor della el mayorazgo de doña Ana de Mesa, por estar por la sentencia dado por libre desta obligacion, no puede doña Maria tener recurso para descontarlo de los bienes del mayorazgo, auiendo hecho la paga con bienes procedidos dèl: y si se huuiesse de descontar del dicho mayorazgo, vendria a pagarlo dos vezes. Vna, quando lo pagò doña Maria de los bienes de su madre. Y otra aora con el pretenso desquento, quod minimè permittendum est.

50 Tertiò, que el heredero putatiuo en el primer caso de la ley 36. de la Partida, pagò a los acreedores hereditarios lo que se les deuia, no de bienes, y efectos de la herencia, sino de los propios suyos, esto es de su propia hazienda, vt patet, ibi: *De los debdos que mostrare que pagò de lo suyo verdaderamente, en nome del finado.* Y por esso se da derecho de desquento contra la misma herencia, y el verdadero, y legitimo heredero, porque con la paga que hizo de sus bienes, le librò de la accion que contra èl tenian los acreedores, vt in simili specie agnoscit, Glossa in figuratione casus, in l. si rem quam, fin. ff. de negoc. gestis, donde creyendo Titio, que era instituido en vn testamento (no estandolo sino Cayo) pagò de sus bie-

bienes los legados que el testador auia dexado, y dize, que por auerlos pagado Titio de su hazienda, y no de la herencia (que creyò le pertenecia) le compete contra Cayo, la accion, negotiorum gestorum, y no la repeticion contra los legatarios, que lo recibieron, porque como les pagò de lo que era suyo, le tocò pedirlo a Cayo el heredero, que fue a quien librò de la obligacion, ibi: *Sed pone, credebam me hæredem in testamento: tueras institutus: vndè legata in testamento relicta, de meo solui: habeo contra te actionem negotiorum gestorum, quia per solutionem es liberatus.*

51 Secus en nuestro caso, porque lo que pagò D. Maria Sande a don Francisco, fue de los mismos bienes del mayorazgo, y no de los suyos propios, con que directamente la compete la repeticion contra el que lo cobrò, sin auer lugar el desquento.

52 Que solo en caso de auer pagado el heredero putatiuo a los acreedores hereditarios de sus mismosbienes (y no de los propios de la herencia) tẽga lugar el desquẽto, patet euidenter, porq̃ si lo pagado huuiera sido de la misma herencia, y a acreedores verdaderos della, el dia que se declarò por no heredero, y lo fue otro, no se le diera por la ley de Partida accion de desquento contra la herencia (siendo ella quien lo auia pagado) sed sic est? Que se le dà derecho de desquento, ergo fue? porque pagò a sus acreedores de sus mismos bienes, & per consequẽs, no auiendo la circunstancia, que expressa la ley de la Partida, y la glossa de la ley fin. ff. de negoc. gestis, de auerlo pagado doña Maria de bienes propios suyos, sino de los del mismo mayorazgo de su madre, no puede auer lugar el desquento, sino la repeticion directa contra don Francisco de Eguiluz, que fue quien indebidamente cobrò los dichos ocho mil ducados.

53 Y se haze mas claro el derecho de la restitucion des-

tos

tos ocho mil ducados, si se atiende, à que quando doña Maria Sande hizo la paga dellos a don Francisco, estaua pendiente el pleito entre los dos, sobre si los bienes de doña Ana de Mesa su madre eran libres, ò de mayorazgo, y la paga que hizo, fue pendiente la duda (de si era, ò no heredera de bienes libres, ò sucessora de los del mayorazgo) & ideo, se deue presumir auerla hecho en nombre de la herencia, creyendo ser heredera de bienes libres; y el dia que dexò de serlo, por no auer dexado su madre ningunos libres, puede repetir lo pagado al acreedor, que lo cobrò indeuidamente, ex dicta leg. si pœnæ, §. quamuis, & ex l. hæreditatis 50. ff. de hæreditatis petit. donde el posseedor de vna herencia, dexada debaxo de condicion, si el heredero hiziesse vn monumento (de que creìa era heredero, no lo siendo) le hizo pendiente la credulidad, de que lo era, y auiendo despues vencido otro, ser suya la herencia, y que le pertenecia, resoluio el Iurisconsulto, que el tal posseedor, a quien se le quitaua la herencia, auia de retener, ò repetir lo gastado, por auerlo hecho hereditario nomine, como lo ponderò Pedro Barbosa vbi supra in dict. §. fin. num. 4. ad finem. y en el principio del num. 5. Segun lo qual, pues doña Maria hizo la dicha paga, pendiente la dicha duda del pleito, y con protesta, de que no le perjudicasse para el sucesso del pleito, el dia que no puede descontar lo que pagò de los bienes del dicho mayorazgo, por estar dado por libre desta obligacion, es fuerça, que pues no ay derecho al descuento, le tenga a la repeticion de lo pagado indeuidamente.

54 Y por no alargar mas este papel, se corta el hilo a este discurso, y se dexa de hablar en las demas partidas, por lo que al principio queda dicho, de que estan latamente fundadas en el primer papel, sin auerse respondido a ellas por dō Francisco. Con q̃ queda comprouado

ser

ſer llana la juſticia que tiene doña Maria, para que ſe confirme la ſentencia en la partida de los ocho mil ducados, y ſe ſupla la reſtitucion del principal, y ſus reditos, y ſe declaren en ſu fauor las demas partidas, ſacandolas del capital de los dichos mayorazgos. Y aſsi eſperamos que ſe ha de pronunciar. Salua in omnibus, &c.

El Licenc. D. Iuan Antonio Auilles Valdès.